

## LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. DERECHO COMPARADO MÉXICO-ARGENTINA

Por: Lic. Jessica Calderón García<sup>1</sup>  
Mtro. Franklin Ruíz Gordillo<sup>2</sup>

*“Si la justicia existe, tiene que ser para todos;  
nadie puede quedar excluido, de lo contrario ya no sería justicia.”*

PAUL AUSTER

**SUMARIO:** I. Introducción; II La declaratoria general de inconstitucionalidad dentro del Sistema Jurídico Mexicano; II.1. Antecedentes en la Constitución de 1917; II.2. Naturaleza jurídica de la declaratoria general de inconstitucionalidad; II.3. Procedencia de la declaratoria general de inconstitucionalidad; II.4. Procedimiento para llevar a cabo la declaratoria general de inconstitucionalidad; II. 5. Aviso a la autoridad emisora de la norma inconstitucional; II.6. Plazos para emitir la declaratoria general de inconstitucionalidad; II.7. Alcances de la declaratoria general de inconstitucionalidad; II.8. El principio de relatividad de las sentencias ante el surgimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad; II.9. Ámbito de aplicación e improcedencia en materia tributaria; III. La acción declarativa de inconstitucionalidad dentro del Sistema Jurídico Argentino; III.1. Antecedentes de la figura jurídica; III.2. Naturaleza Jurídica de la acción declarativa de inconstitucionalidad; III.3. Procedencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad; III.4. Procedimiento para declarar la inconstitucionalidad de una norma a través de la acción meramente declarativa; III.5. Principio preventivo; III.6. Efectos de la acción declarativa de inconstitucionalidad; III. 7. Procedencia en materia fiscal; IV. Conclusión.

**RESUMEN:** El objetivo del trabajo consistió en analizar los procedimientos de la declaratoria general de inconstitucionalidad y la acción declarativa de inconstitucionalidad en los países de México y Argentina, respectivamente. La metodología utilizada se basó en la búsqueda, revisión y confrontación de los ordenamientos jurídicos que contemplan las mencionadas garantías judiciales. Del análisis de ambas figuras legales se desprende que el control de constitucionalidad constituye una herramienta indispensable en todo sistema jurídico, cuyo fin es otorgar certeza y brindar seguridad jurídica a los gobernados, por lo que, tanto la declaratoria general de inconstitucionalidad como la

<sup>1</sup> Abogada, Notaria y Actuarial por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, especialidad en Derecho Administrativo por la Universidad Iberoamericana y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; estudiante de la Maestría en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de la Plata (UNLP), Argentina; integrante de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la UNLP, y Vicepresidenta de Voz Jurídica A.C.

<sup>2</sup> Abogado, Notario y Actuario por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Maestría en Derecho Constitucional y Amparo por la Universidad Autónoma de Chiapas; Delegado Nacional de la Federación Nacional de Estudiantes de Derecho.

acción declarativa de inconstitucionalidad, al estar previstas en la Constitución Federal de cada país, deben basarse en los principios de igualdad y supremacía constitucional, ir en busca de la prevención de actos ilegítimos, eliminar abusos de autoridad y depurar los ordenamientos incompatibles con la Ley Suprema, a fin de lograr un verdadero respeto y protección de los derechos humanos, independientemente de la materia de que se trate y sin dejar fuera de su protección al derecho fiscal, debido a que los derechos no valen, si sus garantías judiciales no son efectivas.

**PALABRAS CLAVE:** Garantías judiciales, derecho comparado, control de constitucionalidad, control de convencionalidad, erga omnes, acción declarativa de inconstitucionalidad, declaratoria general de inconstitucionalidad, derechos humanos, derecho fiscal.

**ABSTRACT:** The objective of this study is to analyze the procedures of general declaration of unconstitutionality and declaratory action of unconstitutionality in the countries of Mexico and Argentina, respectively. The methodology used was based on the search, review and comparison of the legal systems that address the above judicial guarantees. From the analysis of both legal figures show that judicial review is an essential tool in every legal system, aimed at providing certainty and provide legal certainty to the governed, so that both the general declaration of unconstitutionality as declaratory unconstitutionality, to be provided in the Federal Constitution of each country should be based on the principles of equality and constitutional supremacy, go for the prevention of unlawful acts, eliminate abuses of authority and debug systems incompatible with the supreme law in order to achieve real respect and protection of human rights, regardless of the matter concerned and without leaving outside its protection tax law, because the rights are worth, if their judicial guarantees are not effective.

**KEY WORDS:** Comparative law, constitutional control, conventionality control, erga omnes, declaratory action of unconstitutionality, General declared unconstitutional, human rights, tax law.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo abordar los aspectos históricos que dan origen a la declaratoria general de inconstitucionalidad y la acción declarativa de inconstitucionalidad en los países de México y Argentina, respectivamente, así como examinar su naturaleza jurídica y el procedimiento contemplado dentro del *plexo* legal vigente, destacando sus elementos esenciales y sus aspectos más relevantes.

Asimismo, se analiza su procedencia, plazos, delimitación, así como la competencia que guardan los tribunales constitucionales para la aplicación de estas figuras jurídicas. En la última parte, se exponen unas ideas sobre las limitantes que existen dentro de la materia de derecho fiscal, esperando sirvan de base para poder entablar una discusión en la profundidad del tema.

En tal sentido, como punto de partida, se debe tomar en cuenta que el control de constitucionalidad constituye una garantía judicial de alta importancia para cualquier Estado democrático de derecho, ya que mediante dicho proceso, es posible que los juzgadores verifiquen si las normas generales abstractas que componen el marco jurídico son acordes a su Constitución, brindando de esta forma a los gobernados certeza y seguridad jurídica.

Los sistemas de control de constitucionalidad varían de país en país, acorde a los diferentes modelos que caracterizan a sus sistemas jurídicos e incluso, a sus sistemas políticos. La acción de inconstitucionalidad, que en algunos casos, es restringida a ciertos órganos o magistraturas del Estado, y en otros, su titularidad se amplía gradualmente en diferentes proporciones, comprende al producto de diversos escenarios constitucionales que tienen por función la defensa de la Ley Suprema por un órgano independiente y diferente del que lleva a cabo la emisión de normas generales.

Los orígenes del control de la constitucionalidad moderno en el derecho comparado, nos remite a la primera década del siglo XIX, propiamente en los Estados Unidos de América, donde el reconocimiento de la superioridad normativa de la Constitución se materializó institucionalmente a través de la tesis de inaplicación de la norma inferior que desconocía a la norma suprema.<sup>3</sup> Es decir, solo a partir de este momento es que surge realmente en las instituciones contemporáneas la revisión judicial de las leyes.<sup>4</sup>

En efecto, la *judicial review* dio inicio a un sistema de control de constitucionalidad que sería la base de las discusiones y el modelamiento inicial de los demás sistemas. Este modelo se denomina en la actualidad como sistema de control constitucional difuso, siendo un valioso precedente del control constitucional contemporáneo -aunque no propiamente de la acción de inconstitucionalidad-, que se caracteriza por la indeterminación de autoridades defensoras de la Constitución, donde no existe juez, tribunal u órgano alguno que concentre o sea el titular exclusivo de la custodia de la Carta Fundamental.<sup>5</sup> Esta figura reviste de particularidades acordes al mismo ordenamiento jurídico anglosajón y su respectivo sistema judicial, reconocido principalmente por aquel método del precedente judicial, el cual juega un papel clave para un entendimiento generalizado en la revisión que los jueces hacen de las leyes dentro de cada proceso en particular.

<sup>3</sup> Ver caso *Marbury vs Madison*, resuelto por el juez Marshall, en Estados Unidos de Norte América.

<sup>4</sup> Esta disertación profundiza en los desarrollos teóricos del modelo constitucionalista estadounidense, que a partir de la *judicial review* sirvió de referente para la aplicabilidad de la supremacía constitucional en la mayoría de países, sin embargo ello no desconoce la clara existencia de otras corrientes constitucionales que paralelamente -incluso previo a la americana-, forjaron las bases para el reconocimiento del valor y fundamento del primado constitucional, y las cuales llegaron a plantear alternativas al modelo de control judicial de las leyes. En este sentido, se reconocen los aportes del movimiento constitucional liberal que desde el siglo XVII venía afianzando aquella posición predominante de la Constitución en el continente europeo, reconociendo un sentido racional de limitación al poder. Al respecto, puede ahondarse en las distinciones del constitucionalismo antiguo y del moderno, además de profundizar en los tres modelos referenciales del constitucionalismo contemporáneo (americano, francés e inglés) en: Matteucci (1998, p. 23-26 y 285-291).

<sup>5</sup> SAGÜÉS, Nestor, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 40-43

Dicho modelo difiere al desarrollado a la otra orilla del Atlántico, ya que el sistema continental o Europeo adoptó aquella institución de revisión constitucional de las leyes, pero concentró esa función específica para un órgano institucional determinado. Justamente, el desarrollo constitucional europeo, caracterizado por una tradición jurídica germano-romana del *civil law*, transformó el modelo difuso estadounidense al establecer un sistema de control constitucional concentrado donde un Tribunal Constitucional, independiente al máximo tribunal de justicia ordinaria, pasó a ser el guardián exclusivo de la defensa constitucional.<sup>6</sup>

Aquella disparidad de sistemas jurídicos y jurisdiccionales trajo consigo esta dualidad de sistemas de control que persisten hasta nuestros días, donde además, hay que resaltar que la distinción no solo comprende los efectos en las decisiones sino, sobre todo, de las formas en que se inicia la actividad de defensa constitucional. En efecto, el sistema difuso no plantea una acción directa para un control generalizado o abstracto, por el contrario, estructura una actividad contingente de revisión a las leyes en la medida que dentro de un proceso judicial específico se puede originar un control constitucional concreto. En otros términos, el modelo difuso plantea un control de inconstitucionalidad indirecto donde la revisión a las leyes surge de manera incidental dentro de un proceso judicial específico; de tal forma que, como afirma el jurista José Ángel Marín: “*La declaración de inconstitucionalidad no significa, en principio, otra cosa sino que la ley en cuestión no es aplicable al caso planteado. (...) resulta francamente difícil que una ley sea invalidada de modo absoluto porque se precisa que el motivo que la hace inválida se presente necesariamente en todos los casos posibles*”<sup>7</sup>

En cambio, el sistema concentrado diseña una serie de instrumentos a través de los cuales aquel tribunal de la jurisdicción constitucional realiza la correspondiente defensa de la Constitución, destacándose entre estos la acción o recurso de inconstitucionalidad como mecanismo específico para dar inicio al control de constitucionalidad. Aquel recurso, goza de una autonomía procesal en la medida que da inicio a un trámite o proceso autónomo e independiente, donde el único objeto demandado es la ley o norma acusada de contraria, de acuerdo a los postulados constitucionales, distinto al sistema difuso, donde la revisión judicial a las leyes es eventual y con efectos *inter partes*, este control normativo de los sistemas concentrados se caracteriza por ser un control de constitucionalidad abstracto, que se inicia por una vía directa, con la intención de que exista un pronunciamiento generalizado con efectos *erga omnes* sobre la viabilidad de dicha norma de menor jerarquía respecto a la norma constitucional.<sup>8</sup>

Por su parte, en los Estados Unidos Mexicanos existe una tendencia de los tratadistas mexicanos por apoyar la adopción de la declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo contra normas generales, esto a partir de la incorporación del término de derechos

<sup>6</sup> Con esto se hace mención al debate suscitado entre Hans Kelsen (1995; 1931) y Carl Schmitt (1998; 1929) sobre quién debe ser el guardián de la Constitución, el cual generó las bases teóricas sobre el modelo continental europeo.

<sup>7</sup> MARÍN, José Ángel, *Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 39.

<sup>8</sup> TARAPUÉS SANDINO, Diego F., *La naturaleza institucional del Tribunal Constitucional en América del Sur*, Cali, USC y José Gregorio Hernández Galindo publicaciones, 2008, p. 90-93.

humanos a nivel constitucional, igualmente esta decisión obedece a que la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos ya han consagrado dicho medio de defensa cuando se trata de impugnar disposiciones de carácter general, pero sobre todo, por los efectos que causa, como advierte Fix Zamudio “*debemos destacar que existe una corriente doctrinal que tiene cada vez más adeptos y que propugna la superación de la citada ‘fórmula Otero’, que ya cumplió su misión histórica y, por consiguiente, del principio tradicional de los efectos particulares de la sentencia que concede la protección contra disposiciones legislativas inconstitucionales, para sustituirlo por la declaración general de inconstitucionalidad, si bien de manera paulatina, pues se requiere de un periodo de adaptación*”<sup>9</sup>

De este modo, es claro que no resulta fácil para México un cambio de su concepción tradicional, en el tema de los efectos de las sentencias, ya que es un país con una arraigada postura en la división de poderes. Por lo que, la incorporación de la declaratoria general de inconstitucionalidad dentro del marco jurídico mexicano podría implicar para algunos juristas una invasión de esferas competenciales, por parte del poder judicial federal en el dictado de sentencias exhortativas para el poder legislativo y ejecutivo, y para otros, la verdadera justicia.

## II. LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD DENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

### II.1. ANTECEDENTES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917

La figura jurídica en estudio, ha sido incorporada recientemente, mediante Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan diversas disposiciones de los Artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 6 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación (DOF). Sin embargo, la misma encuentra su origen en la Constitución Federal de 1917, donde el poder constituyente retomó el control constitucional dispuesto en los artículos 103 y 107, y otorgó a los Tribunales de la Federación la facultad de proteger los derechos fundamentales de las personas a través de la emisión de sentencias regidas por el principio de relatividad.

No obstante, una de las principales reformas realizadas a nuestra Carta Magna fue la que modificó su numeral 105, publicada en el DOF el 31 de diciembre de 1994, en la cual se introdujo la facultad expresa de los municipios como entidades legitimadas para promover controversias constitucionales.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor, “El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (breves reflexiones comparativas)”; Trabajo presentado en el Congreso organizado por la Asociación Mexicana de Juristas en la Ciudad de Karlsruhe, República Federal de Alemania, durante los días 10 a 12 de septiembre de 1992, publicado en la *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 77, Mayo-Agosto 1993, p. 467.

<sup>10</sup> CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “El municipio en las controversias constitucionales”; en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 86, mayo-agosto de 1996, pp. 447-466.

Igualmente por medio de esa reforma constitucional, se ampliaron los supuestos para que más órganos estatales y políticos-electorales pudiesen utilizar estos juicios constitucionales, al grado de dividirlos en dos, el primero de ellos hace referencia a las acciones de inconstitucionalidad, y el segundo, a las controversias constitucionales.<sup>11</sup>

En ese sentido, es a través de dicha reforma constitucional de 1994, por la cual se introdujo en el sistema jurídico mexicano la figura de la declaratoria general de inconstitucionalidad, y con ello, la existencia de un mecanismo de control con efectos *erga omnes*, esto es, que se otorga beneficio para todos los gobernados y no únicamente a las partes en conflicto.

Jorge Carpizo aduce que la “(...) creación de la acción de inconstitucionalidad y el replanteamiento de la controversia constitucional, a su vez, implicaba otra decisión constitucional demasiado importante: no tocar el juicio de amparo respecto a los efectos relativos a su sentencia”<sup>12</sup> refiriéndose al juicio de amparo contra leyes, el cual se encontraba estructurado de igual manera, conservando sus características esenciales, de que la acción solo se podía ejercitar por un particular con interés jurídico, que podría afectarse por la ley que se considerara inconstitucional y los efectos de esa resolución comprendían únicamente a quien había ejercitado la acción de amparo, por lo que “(...) la decisión de la reforma fue dejar intocados los principios antes enunciados del amparo contra leyes y crear una garantía procesal de defensa de la constitución y cuyos efectos, si la norma es declarada inconstitucional o inválida, necesariamente serán de carácter general”.<sup>13</sup>

Por su parte, la reforma constitucional del 6 de junio de 2011, que entró en vigor el 4 de octubre del mismo año, es la piedra angular de este nuevo impulso al juicio de amparo, por lo que trajo consigo la creación de una nueva Ley de Amparo vigente a partir del 2 de abril del 2013, en la que se incorporaron nuevas figuras procesales, sobresaliendo de entre ellas, la declaratoria general de inconstitucionalidad. Lo anterior resulta claro, ya que todo medio de control constitucional, con esta misma magnitud, ha de establecerse por la propia Ley Suprema y sus restricciones también deberán fundarse claramente en razones de índole constitucional.

En este orden de ideas, en el sistema jurídico mexicano se prevé que para hacer valer la declarativa general de inconstitucionalidad, debe ser promovida a través del juicio de amparo, y por medio de este, pedir la anulación de las disposiciones legislativas, por considerarlas contrarias a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>11</sup> Ver: Decreto mediante el cual se declaran reformados los artículos 21, 55, 73, 76, 79, 89, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 116, 122 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 31 de diciembre de 1994 en el Diario Oficial de la Federación, p. 6

<sup>12</sup> CARPIZO, Jorge, “Reformas constitucionales al poder judicial de la federal y la jurisdicción constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 31 de diciembre de 1994, artículo consultado en <http://www.juridicas.unam>

<sup>13</sup> *Ibidem*

## II.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

La declaratoria general de inconstitucionalidad se encuentra prevista en la fracción II del artículo 107 constitucional y se desarrolla en los artículos 73, 78, 210, 231 al 235 de la Ley de Amparo; tiene como finalidad dar efectos generales a la jurisprudencia en materia de inconstitucionalidad de leyes, es decir, producir la invalidez general de la norma declarada inconstitucional, es por ello, que podemos afirmar que la indicada declaratoria es consecuencia de la jurisprudencia. En tal sentido, la declaratoria general de inconstitucionalidad es vista como un mecanismo más de depuración del ordenamiento jurídico, producto de un control abstracto.

Por su parte, el artículo 78 de la Ley de Amparo, dispone “*cuando el acto reclamado sea una norma general la sentencia deberá determinar si es constitucional, o si debe considerarse inconstitucional (...)*”;<sup>14</sup> dicho contenido adquiere importancia, pues esta resolución categórica será la base para formar jurisprudencia en la que ulteriormente se fundará la declaratoria general.

Actualmente, la vía de amparo indirecto es la única instancia en que una norma general puede ser reclamada y considerada como “acto reclamado”, por lo que, la declaratoria general de inconstitucionalidad resulta improcedente en el amparo directo. La declaratoria general de inconstitucionalidad busca que se deje de emplear la norma general tildada de inconstitucional a los gobernados que demuestren previamente su interés jurídico, igualmente que muestren, que con la entrada en vigor de la norma, esta le causa un agravio personal y directo en su esfera jurídica, y por lo tanto, vulnera sus derechos humanos.

Las declaraciones de inconstitucionalidad que pronuncia la autoridad judicial de control constitucional sobre una norma general o un acto tienen generalmente efectos relativos, o sea, se encuentran limitados con relación al gobernado que solicita la declaración de inconstitucionalidad e igualmente en relación con el caso concreto que lo origine; no obstante, dichas declaraciones pueden tener efectos absolutos o generales, cuando se resuelva la inconstitucionalidad de una ley a través de una controversia constitucional -artículo 105, fracción I, penúltimo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-, de acciones de inconstitucionalidad -artículo 105, fracción II de la Constitución Federal-, o en su caso, por juicio de amparo, cuando se emita la declaración general de inconstitucionalidad.<sup>15</sup>

El punto toral de la declaratoria general de inconstitucionalidad es que la irregularidad de las normas generales, determinada mediante el juicio de amparo, aproveche a todas las personas y no solo al quejoso,<sup>16</sup> pero para llegar a este punto, se debe seguir todo un proceso extra, ya que no basta con una sentencia dictada a favor del demandado en la que se establezca la inconstitucionalidad de una norma.

<sup>14</sup> Ver artículo 78 de la Ley de Amparo.

<sup>15</sup> CHÁVEZ CASTILLO, Raúl, *Nuevo juicio de amparo*, Porrúa, décimo cuarta edición, México, 2015, p. 4.

<sup>16</sup> FERRER Mc. GREGOR, Eduardo, et al/y otros, *Nuevo juicio de amparo*, UNAM, Porrúa, tercera edición, México, 2013, p. 215

Al respecto el jurista Francisco Fernández aduce que “(...) existen profundos razonamientos que favorecen la opción en favor de la declaración general de inconstitucionalidad, tanto por razones prácticas, como es la necesidad de resolver en forma relativamente rápida las cuestiones de inconstitucionalidad, como por la conveniencia de tomar en cuenta el principio esencial de la igualdad de los gobernados ante la ley, que resulta notoriamente infringido cuando solo aquellos que cuentan con medios económicos, técnicos y culturales suficientes pueden obtener una sentencia que los proteja, en tanto que un sector, por lo general más amplio y menos favorecido, debe cumplir los mismos preceptos que han sido estimados contrarios a la Ley Suprema.”<sup>17</sup>

De igual forma, no debe perderse de vista que al tratarse de resoluciones sobre la constitucionalidad o convencionalidad de una norma, deberán seguir un riguroso esquema de publicidad y hacer uso de la cláusula de interpretación, como lo refiere Héctor Fix, “(...) permite a la Suprema Corte establecer aquella interpretación mediante el cual sea factible salvar la constitucionalidad de la norma impugnada, para así garantizar la supremacía constitucional, y simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación de nuestro orden jurídico.”<sup>18</sup>

### II.3. PROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

#### A. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

El artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es el que otorga a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) la facultad de emitir una declaración general de inconstitucional, solo en aquellos juicios de amparo indirecto en revisión en los que se establezca la jurisprudencia por reiteración y en los cuales se determine la inconstitucionalidad o interpretación conforme de una norma general respecto de la Constitución.

Cabe resaltar que el texto del arábigo 107, relativo a los efectos particulares de las sentencias de amparo, no ha sufrido modificación alguna desde la Constitución de 1917 hasta el día de hoy, el único cambio que se aprecia es la distinta enumeración de la fracción II, y con la reforma del 6 de junio de 2011, se adicionaron los párrafos segundo, tercero y cuarto,<sup>19</sup> quedando redactado como a la letra dice:

**“ARTÍCULO 107.-** Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:  
(...)

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Los Inicios del Control de la Constitucionalidad en Iberoamérica: del Control Político al Control Jurisdiccional”, en *DIREITO PÚBLICO* N° 12, Abr-Maio-Jun/2006 – DOUTRINA ESTRANGEIRA, p. 87.

<sup>18</sup> FIX FIERRO, Héctor, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, México, Porrúa, 2003, p. 973.

<sup>19</sup> DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, del seis de junio de 2011, en [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5193266&fecha=06/06/2011](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5193266&fecha=06/06/2011). (consultado el 07 de Julio de 2015).

II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo solo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora.

Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria (...)"<sup>20</sup>

Del ordenamiento plasmado se desprende que no ha desaparecido el mencionado principio de relatividad de las sentencias en el amparo contra leyes, sino que ha sido complementado en ciertos casos, con la posibilidad de emitir una declaratoria general de inconstitucionalidad. De igual forma, se denota expresamente la facultad de la SCJN para emitir la declaración de inconstitucional sobre una norma general, remitiéndonos a la ley reglamentaria para su tramitación.

Asimismo se precisan algunas condiciones fijadas a nivel constitucional que delimitan su procedencia:

- a) Cuando se resuelva por segunda ocasión consecutiva respecto de la inconstitucionalidad de una norma, la SCJN lo deberá informar a la autoridad emisora de la misma.
- b) Una vez establecida la jurisprudencia por reiteración y vencido el plazo de 90 días, la SCJN emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad, previa aprobación de por lo menos ocho votos.
- c) Los alcances y otras condiciones se establecerán en la ley reglamentaria.
- d) Se excluye la materia tributaria.

## **B. Regulación en la nueva ley reglamentaria en materia de Amparo**

La declaratoria general de inconstitucionalidad se encuentra prevista en el Título Cuarto, Capítulo VI en los artículos del 231 al 235, de la Ley de Amparo vigente, en la cual se contempla el procedimiento para que sea emitida dicha declaratoria de invalidez de las leyes con efectos generales.

<sup>20</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, en [http://www.dof.gob.mx/constitucion/marzo\\_2014\\_constitucion.pdf](http://www.dof.gob.mx/constitucion/marzo_2014_constitucion.pdf), (consultado el 08 de julio de 2015).

Lo anterior, tiene como finalidad el otorgar efectos generales a la jurisprudencia en materia de inconstitucionalidad de leyes, es decir, producir la invalidez general de la norma declarada inconstitucional.

Cabe destacar que dentro del proyecto de la nueva Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se establecen los requisitos para promover la declaratoria general de inconstitucionalidad, aunque supliendo la laguna en este proyecto resulta entendible que para solicitarla, será por medio de la demanda de amparo indirecto, es decir, los establecidos en el artículo 108 de la Ley de Amparo.

A continuación se establecerán cada uno de los aspectos más sobresalientes del procedimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad previsto dentro de los artículos 73, 78, 210, 231 al 235 de la nueva Ley reglamentaria, y que serán abordados en los siguientes apartados.

#### **II.4. PROCEDIMIENTO PARA LLEVAR A CABO LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD**

El procedimiento a seguir para que la SCJN, efectúe la declaratoria general de inconstitucionalidad ha sido determinado en dos instrumentos jurídicos primordialmente. El primero de ellos es el propio artículo 107 fracción II, párrafos segundo y tercero -abordado a *supra líneas*-, y el segundo es el Acuerdo General 11/2011.

También el artículo 73 párrafo segundo, de la Ley de Amparo, estipula que cuando proceda a realizar la declaratoria general de inconstitucionalidad se aplicarán las disposiciones del Título Cuarto de la propia ley.

En consecuencia, dentro de los señalados instrumentos jurídicos –artículo 107 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Título Cuarto de la Ley de Amparo y el Acuerdo General 11/2011– ha quedado establecido que para emitir la declaratoria de inconstitucionalidad se cuenta con tres principales etapas, que se explican a groso modo:

La primera es, que previo a que proceda la declaratoria general de inconstitucionalidad, la SCJN, actuando en Pleno o las Salas, dentro de los juicios de amparo indirecto en revisión, y en los asuntos en que se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la Sala relativa o, en su caso, de la Suprema Corte lo informará a la autoridad emisora de la norma, que aun cuando la Ley Suprema y la Ley de Amparo son omisas en señalar para qué efectos, resulta lógico suponer que será para que lo tenga en consideración y proceda a derogar o modificar la norma general que ha sido declarada inconstitucional en dos ocasiones, pero como no hay una sanción, difícilmente la autoridad emisora hará algo al respecto,<sup>21</sup> por lo que al exhortarla, igualmente se le está dando la oportunidad para que planteé las estrategias necesarias y conducentes a fin de poder superar los posibles vicios del precepto normativo.

<sup>21</sup> CHÁVEZ CASTILLO, Raúl, Op. Cit. p. 243.

La segunda etapa corresponde a la advertencia que se les hace a los órganos jurisdiccionales facultados para establecer jurisprudencia por reiteración, en la que se determine la inconstitucionalidad de una norma general, que son la SCJN, actuando en Pleno y en Salas, así como los Tribunales Colegiados de Circuito. De esto se deduce que, cuando los magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito integren jurisprudencia en ese sentido, lo comunicarán por escrito a la presidencia de la SCJN, con el objeto de que se dicte el proveído presidencial para realizar la notificación correspondiente a la autoridad emisora, en el que, además, se indicará que el criterio jurisprudencial no ha sido materia de análisis del máximo tribunal, y en su caso, si se encuentra pendiente de resolver contradicción de tesis sobre la constitucionalidad de la norma general respectiva.

Lo anterior tiene como finalidad el que la SCJN actuando en Pleno, sea el último intérprete de la Constitución Federal; de forma que, aun cuando exista jurisprudencia emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito que verse sobre la inconstitucionalidad de una norma general, el máximo Tribunal constitucional se encuentra facultado para efectuar el estudio correspondiente, es decir, se instaura como la última instancia.

La última etapa tiene lugar, una vez que ha fenecido el plazo de los noventa días otorgado a la autoridad emisora para que supere el problema de inconstitucionalidad, en este supuesto, pueden darse dos posibilidades que se encuentran contempladas de los puntos cuarto al octavo del Acuerdo General 11/2011, estableciendo lo siguiente:

- a) Que la autoridad emisora de la norma general haya superado el problema de inconstitucionalidad. Esto quiere decir, si antes de transcurrir los 90 días contados a partir del día hábil siguiente en el que surta efectos la notificación por oficio que se realice a la autoridad emisora de la norma general respectiva, esta la hubiese derogado, o bien, hubiese entrado en vigor una nueva norma general que a juicio del Tribunal modifique aquella, el procedimiento de declaratoria se deberá declarar sin materia, y por ende sobreseerse.
- b) Que la autoridad emisora de la norma general no haya superado el problema de la inconstitucionalidad. Entonces dentro de los 10 días hábiles siguientes al vencimiento del plazo anteriormente referido de los 90 días, el ministro ponente deberá remitir a la Secretaría General de Acuerdos del Alto Tribunal el proyecto de resolución correspondiente, el que deberá listarse para la sesión pública que se celebrará dentro de los 10 días hábiles siguientes.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Ver: Acuerdo General número 11/2011, de cuatro de octubre de dos mil once, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo al Procedimiento para la Declaratoria General de Inconstitucionalidad. En [https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/XIV%20Acudos%20GnrIs%20Plenarios%20Juris%20Perm%20Vigentes/AGP\\_11\\_2011.pdf](https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/XIV%20Acudos%20GnrIs%20Plenarios%20Juris%20Perm%20Vigentes/AGP_11_2011.pdf) (consultado el 8 de julio de 2015).

Ulteriormente, en la sesión pública la resolución de la SCJN puede contener dos distintos sentidos:

1. En el caso de que por lo menos ocho ministros estimen que la norma secundaria es contraria al bloque de constitucionalidad, se emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad.
2. En el caso de que no se cubra la votación calificada de por lo menos ocho votos de los ministros, en el sentido de que la norma secundaria es conforme al bloque de constitucionalidad, se procederá a la expedición de la declaratoria de interpretación conforme.

## **II.5. AVISO A LA AUTORIDAD EMISORA DE LA NORMA INCONSTITUCIONAL**

El procedimiento en estudio, de la declaración general de inconstitucionalidad, es propio de la materia de amparo, para que por medio de la reiteración de criterios se establezca jurisprudencia y sea procedente determinar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, pero previo a ello, se deberá notificar a la autoridad encargada de emitir dicha norma a fin de que la modifique, derogue o abrogue.<sup>23</sup>

Un punto a observar de la disposición constitucional, es que el segundo párrafo de la fracción II del numeral 107, al indicar que la Corte deberá dar aviso a la autoridad emisora de la norma cuando se presente el segundo criterio de inconstitucionalidad, se refiere evidentemente, a los amparos en revisión que está conociendo la Corte, sin incluir a los que están conociendo los Tribunales Colegiados de Circuito. La mencionada interpretación es reafirmada por el Acuerdo General 11/2011 del Pleno de la SCJN, específicamente a lo plasmado en su artículo segundo, así como por el legislador en el artículo 231 de la Ley de Amparo.

Por ende, el que un Tribunal Colegiado de Circuito emita una jurisprudencia en donde una norma general se considere inconstitucional, la misma no es suficiente para producir certeza plena y que se dé lugar a generar una declaratoria general de inconstitucionalidad. De esta forma, los avisos aducidos en la Constitución respecto a la jurisprudencia de los Colegiados, no se generarán, porque la Corte tendrá conocimiento oficial hasta en tanto dicha jurisprudencia se haya dictado y no cuando se esté formando.

Igualmente la SCJN solo dará aviso a la autoridad emisora de la norma considerada inconstitucional, cuando ya exista la jurisprudencia de una norma general por segunda ocasión consecutiva, y no cuando se esté formando, aunque la Corte misma sea quien la emita.

<sup>23</sup> PEÑA OVIDEO, Víctor, *Ley de amparo comentada*, Flores, México, 2015, p. 1170.

## II.6. PLAZOS PARA EMITIR LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

Una vez notificada la autoridad respectiva y transcurrido el plazo de los 90 días naturales, y si esta no ha producido modificación, derogado o abrogado la norma reconocida como inconstitucional, la SCJN proceda a realizar la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Cabe resaltar, que dentro del artículo 232 segundo párrafo de la nueva Ley de Amparo, señala que una vez realizada la notificación al órgano emisor de la norma y transcurridos los 90 días naturales sin que se modifique o derogue, la declaratoria general de inconstitucionalidad será emitida por el pleno de la SCJN, siempre y cuando fuere aprobada cuando menos por ocho votos,<sup>24</sup> y consecuentemente, se remitirá al DOF y al órgano oficial en el que se hubiera difundido la norma, para su publicación dentro de un plazo de 7 días hábiles tal y como lo establece el artículo 235 de la Ley de Amparo.

## II.7. ALCANCES DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

La multicitada declaratoria será obligatoria y tendrá efectos generales, sin embargo, no puede variar un ápice de la jurisprudencia que le da origen, además de que deberá establecer, de conformidad con el artículo 234 de la nueva Ley de Amparo lo siguiente:

**“ARTÍCULO 234.-** La declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen, será obligatoria, tendrá efectos generales y establecerá:

**I.** La fecha a partir de la cual surtirá sus efectos; y

**II.** Los alcances y las condiciones de la declaratoria de inconstitucionalidad.

Los efectos de estas declaratorias no serán retroactivos salvo en materia penal, en términos del párrafo primero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”<sup>25</sup>

La desventaja fundamental sería que existiendo varios sentidos posibles de una norma general, es decir, diversas interpretaciones posibles de la misma, no prevalezca aquella que resulte ajustada a la Constitución frente a otros posibles sentidos de la norma no conformes con la ley fundamental, lo que acarrearía un problema de interpretación y funcionalidad de nuestra Carta Magna.

En efecto, se entiende que la declaración de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* no es una cuestión sencilla y ajena de complicaciones. Existen casos en que la sola anulación de la norma inconstitucional podría generar mayores problemas a la sociedad que los inherentes a la irregularidad de la norma general, por esa razón, es de suma importancia que se fije la fecha en que surtirá efectos, sus alcances y condiciones específicas.

<sup>24</sup> NUEVA LEY DE AMPARO, en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp\\_140714.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_140714.pdf), (consultado el 8 de julio de 2015).

<sup>25</sup> NUEVA LEY DE AMPARO, en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp\\_140714.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_140714.pdf), (consultado el 16 de julio de 2015).

## II.8. EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LAS SENTENCIAS ANTE EL SURGIMIENTO DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

El principio de relatividad de las sentencias para el desarrollo del juicio de amparo, desde su creación y a lo largo de la última parte del siglo XX, tuvo una gran importancia, no obstante, actualmente es necesario aceptar que carece de toda justificación y que es urgente su revisión dentro del sistema jurídico mexicano. Debido a que los efectos relativos de las sentencias de amparo generan diversas consecuencias teóricas y prácticas que son inadmisibles en un Estado democrático de derecho.

El principio de relatividad de las sentencias de amparo, conocido comúnmente como fórmula Otero, es aquel conforme al cual las sentencias de amparo van a recaer y a surtir efectos solamente en la esfera jurídica de aquel gobernado que haya promovido la acción subjetiva pública, sin que la resolución que se dicte pueda beneficiar a otros gobernados que aun siendo agraviados por el mismo acto de autoridad, no lo hayan impugnado a través de la vía del amparo.

El principio se desprende de los artículos 107 fracción II, de la Constitución Federal y del artículo 76 de la Ley de Amparo abrogada, que establecía lo siguiente:

**“ARTÍCULO 76.-** Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo solo se ocupan de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general de Ley o acto que lo motivare.”<sup>26</sup>

En esta óptica, la supresión de la sección de la “fórmula Otero” dentro del *corpus* de la nueva Ley de Amparo, mira la necesidad de reconducir las sentencias de amparo hacia la declaratoria general de inconstitucionalidad, basada sobre todo en la contradicción de una norma general frente a ley fundamental, atendiendo al principio de jerarquía constitucional.

Mucho se ha dicho que el principio de relatividad de las sentencias se eliminó totalmente con la entrada en vigor de la nueva Ley de Amparo, empero el artículo 73 estipula que “*las resoluciones producirán efectos solo en relación con el litigio que dirimen; y por si solas no invalidarán normas generales*”<sup>27</sup> Por lo que la inclusión de este artículo refleja una normativa

<sup>26</sup> LEY DE AMPARO ABROGADA.

[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lamp/LAmp\\_abro.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lamp/LAmp_abro.pdf), (consultado 8 de junio de 2015).

<sup>27</sup> Pero se estima que se deben continuar aplicándose los criterios sentados en la contradicción de tesis 54/2004 P/L, y los privilegios que otorga en relación con normas declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia, máxime que persiste y con amplitud más precisa la hipótesis de la suplencia que les sirvió de fundamento, tomando en cuenta el “predominio del interés público”, que se da en un amparo contra normas generales (artículo 79, fracción I, y Transitorio Sexto de la Nueva Ley de Amparo y JURISPRUDENCIA de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, la reforma al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, no implica que la emitida con anterioridad aquella se tornó obsoleta”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época, lib. XII, septiembre de 2012, t. II, tesis 2a. LXX/2012, p. 1217).

legal conservadora, y así no modificar radicalmente el régimen tradicional que ha venido manejando el sistema jurídico mexicano, en tal tesitura, determinar que “la fórmula Otero” se excluyó, es una cuestión de punto de vista -salvo en relación a los amparos promovidos con base en un interés legítimo colectivo y sus resoluciones estimatorias-.

Representa una realidad que la relatividad de las sentencias de amparo vulnera el principio de supremacía constitucional, es decir, como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos obedece a una jerarquía suprema, cualquier norma de rango inferior que la vulnere es técnicamente nula y debe dejar de ser aplicada. Por lo tanto, si el juicio de amparo, permite la vigencia de normas generales declaradas inconstitucionales e inválidas por el órgano constitucionalmente facultado para ello, tal situación descalifica a México como un país democrático en sentido sustancial.<sup>28</sup>

## II.9. ÁMBITO DE APLICACIÓN E IMPROCEDENCIA EN MATERIA TRIBUTARIA

De la simple lectura del artículo 107 fracción II constitucional, se despliega el ámbito de aplicación de esta figura jurídica denominada declaratoria general de inconstitucional, y atiende a la naturaleza de las normas generales que son reclamadas, así que al tratarse de:

Normas generales no tributarias: la fórmula Otero únicamente sería aplicable por los Juzgados de Distrito en un primer momento; en otro posterior, en caso de estimar que una norma general es contraria a la Constitución Federal y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podría emitir declaratoria general de inconstitucionalidad, o bien, si se concluyera lo contrario hacer uso de la interpretación conforme.

- Normas generales tributarias: en este caso no es procedente la declaratoria general de inconstitucionalidad, por lo que únicamente resultaría aplicable el principio de relatividad de las sentencias, tal como se venía utilizando con la anterior ley reglamentaria en materia de amparo.

Respecto a lo antes expuesto, es importante señalar que de la lectura del punto cuarto del Acuerdo General 11/2011, a través del cual el Pleno de la SCJN, estableció el procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad, se desprende que en caso de duda sobre la naturaleza tributaria de la norma general cuya inconstitucionalidad se haya determinado mediante jurisprudencia por el Tribunal Colegiado de Circuito, antes de notificar a la autoridad emisora, el ministro presidente de la SCJN lo consultará ante el Pleno del Tribunal en sesión privada.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, Porrúa, cuarta edición, México, 2013, p. 116.

<sup>29</sup> Acuerdo General número 11/2011, de cuatro de octubre de dos mil once, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo al procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad. En: [https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/XIV%20Acudos%20GnrIs%20Plenarios%20Juris%20Perm%20Vigentes/AGP\\_11\\_2011.pdf](https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/XIV%20Acudos%20GnrIs%20Plenarios%20Juris%20Perm%20Vigentes/AGP_11_2011.pdf) (consultado el 8 de julio de 2015).

Si bien, el objeto de todo sistema democrático es el bien general, el respeto, protección y garantía de los derechos humanos en un sentido amplio, no tiene porqué dejar fuera de una protección eficaz a ciertas materias, como en este caso al área fiscal.

El impedir que la declaratoria general de inconstitucionalidad sea procedente en materia tributaria, da a notar los intereses del gobierno frente a la población, y además demuestra que el derecho solapa el engaño que produce el Estado a los gobernados, en el cobro de tributos fundados en una norma inconstitucional.<sup>30</sup>

### III. LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD DENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

#### III.1. ANTECEDENTES DE LA FIGURA JURÍDICA

El sistema constitucional argentino, al igual que el norteamericano, se caracteriza por ser un sistema de poderes limitados y separados, de control recíproco, para lo cual resulta indispensable que los poderes constituidos -incluido al legislativo- ajusten su actuación al cuerpo de normas y principios estables que prescriben las cartas constitucionales, a fin de garantizar el equilibrio entre los órganos que ejercen el poder estatal y su independencia funcional.<sup>31</sup>

El control de constitucionalidad en el orden federal, dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y de los tribunales inferiores, ha logrado en los últimos tiempos un desarrollo inusitado, es el referido a la acción declarativa de inconstitucionalidad como una de las más novedosas vías procesales para la actuación de dicho control, y que como en tantas otras loables circunstancias, ha nacido no de la norma legislada, sino del ingenioso desarrollo jurisprudencial de nuestro más alto Tribunal, en virtud del ejercicio de un poder constituyente material que le permite, como intérprete final de la Constitución,<sup>32</sup> fijar el sentido y los ámbitos de actuación de las normas supremas.

En el año 1873, se aprecia una presencia adelantada de la acción declarativa de inconstitucionalidad, a nivel provincial, en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la cual establecía en sus inicios, las atribuciones de su Suprema Corte de Justicia para resolver sobre la constitucionalidad o no, en ejercicio de su jurisdicción originaria, de leyes, decretos o reglamentos, que incidan sobre materia a ella sometida y se vea alguno de estos dictámenes controvertido por parte interesada.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> PEÑA OVIDEO, Víctor, Op. Cit. p. 1166.

<sup>31</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, "La acción declarativa de inconstitucionalidad", Publicado en: LA LEY 06/07/2015, 06/07/2015, Cita Online: AR/DOC/2167/2015, p. 1.

<sup>32</sup> HARO, Ricardo, *Acción Declarativa de Inconstitucionalidad sus Vicisitudes y Progresiva Consolidación*, p. 4.

<sup>33</sup> SISMOS, Laura Patricia, *Acción Declarativa de Inconstitucionalidad: Marco Federal. Una Mirada Diacrónica a Leyes de Emergencia Económica*, Id Infojus: DACF150004, 6 de Enero de 2015, p.1. Ubicación web: <http://www.infojus.gob.ar/laura-patricia-simos-accion-declarativa-inconstitucionalidad-marco-federal-una-mirada-diacronica-leyes-emergencia-economica-dacf150004-2015-01-06/123456789-0abc-defg4000-51fcanirtcod>

Asimismo, dentro de los principales antecedentes en el ámbito federal se encuentran, en 1971, los criterios emitidos por el ex Procurador General de la Nación, Dr. Marquardt en el dictamen del caso "Hidronor contra la Provincia de Neuquén",<sup>34</sup> donde la acción declarativa de inconstitucionalidad ejercida sobre leyes, reglamentos y actos administrativos, empezó a ser reconocida, fundamentándose en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que regulaba la acción meramente declarativa de certeza, aunque, cabe resaltar que al encontrarse en un *corpus iure* de tal naturaleza, solamente era aplicada para relaciones entre particulares y no para particular-autoridad, es decir, resultaba incompatible -en ese momento- con el derecho público, donde solo podía hacerse valer por analogía.<sup>35</sup>

Si bien, en el ámbito federal, el proceso no tuvo el mismo desarrollo, a causa del esquema marcado en la división de poderes y la no invasión de esferas competenciales. Posteriormente, el reconocimiento expreso de la procedencia de la acción por parte de la CSJN se llevó a cabo en el caso "Constantino Lorenzo vs la Nación Argentina" de 1985, siendo considerado como un precedente fundamental en la materia, en el cual la Corte señaló que "(...) resulta preciso disipar la confusión entre las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad que no pueden revertir forma contenciosa por la ausencia de un inmediato interés del particular que efectúa la solicitud (...) y las acciones determinativas de derecho de base constitucional cuya titularidad alega quien demanda y quien tiende a prevenir o impedir las lesiones de tales derechos, como la acción de mera certeza y el amparo (...)".<sup>36</sup> Estas principales líneas de razonamientos lógico-jurídicas fueron recogidas en fallos posteriores.

No obstante, también hubo fallos subsiguientes que se inclinaron por la procedencia de la vía de la acción meramente declarativa de certeza prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Los errores jurisprudenciales cometidos al encuadrar la acción en el numeral del Código procedimental, provienen de no haber advertido que se trataba de dos acciones distintas<sup>37</sup> -la declarativa de certeza y la acción directa de inconstitucionalidad-.

Consecuentemente, al no existir un marco legal positivo en el derecho nacional para encuadrar la acción declarativa de inconstitucionalidad y ser inaplicable en muchos casos la regulación procesal civil del arábigo 322, debido a que dicho numeral está claramente desbordado de la acción declarativa creada por la Corte,<sup>38</sup> actualmente la procedencia de la acción directa, encuentra sustento constitucional en el principio de la tutela judicial efectiva dentro del derecho argentino, que se desprende de los artículos 8 y 25 de la Convención América sobre Derechos

<sup>34</sup> El dictamen del Dr. MARQUARDT se publicó más tarde a continuación del fallo Santiago del Estero, donde se puntualiza que: "(...) cabe afirmar que el sistema de control constitucional norteamericano es de carácter concreto, pero se ejerce no solo por la vía reparatoria o retributiva, sino también preventiva (...) Rasgo característico de ese régimen es la posibilidad de impedir la ejecución de leyes inconstitucionales". De ahí que la Corte argentina acepta la procedencia cuando se busca precaver un acto "en ciernes" (Fallos 307:1379, in re "Santiago del Estero", de 1985).

<sup>35</sup> CASSAGNE, Op. Cit., 4-5.

<sup>36</sup> Considerando cuarto, causa Constantino Lorenzo vs la Nación Argentina.

<sup>37</sup> CASSAGNE, Op. Cit., p. 5.

<sup>38</sup> BIANCHI, Alberto A., *Control de constitucionalidad*, T 1, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 414.

Humanos en relación a una interpretación extensiva del precepto contenido en el artículo 43 de la Constitución Nacional<sup>39</sup> -máxime después de la reforma de 1994 donde se introduce al amparo-, correlacionado con su numeral 22 del artículo 75 de la misma, además de estar respaldado del objetivo de afianzar la justicia, como se plasma en el preámbulo de la propia Constitución de la Nación Argentina.

### III.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

El artículo 43 de la Constitución Nacional de la República Argentina, es el sustento fundamental que respalda la garantía judicial de la acción declarativa de inconstitucionalidad, por medio del cual se realiza el control de constitucionalidad a nivel federal, que dispone:

**“ARTÍCULO 43.-** Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.”<sup>40</sup>

En este sentido, del numeral preinserto se desprende que la acción es popular, debido a que podrá ser ejercida por cualquier persona, lo cual, resalta su carácter democrático y, a su vez, es considerada como una de las vías de participación, en consecuencia, la población tiene el derecho de cuestionar cualquier acto u omisión, incluyendo los actos normativos, cuando estos sean violatorios o contrarios a la Constitución Nacional, los tratados internacionales o alguna ley.

Si bien, el artículo 43 de la Constitución de la Nación, se refiere específicamente a la garantía de amparo, al final de su primer párrafo, destaca que “(...) *el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*”; observándose aquí expresamente el reconocimiento de la acción declarativa de inconstitucionalidad dentro del mandato constitucional.

Asimismo, del citado numeral constitucional se deduce que la acción declarativa de inconstitucionalidad faculta a todos los jueces, inclusive los juzgadores del ámbito local para emitirla, obedeciendo así a un control constitucional difuso, porque de lo contrario, la Suprema Corte, se atribuiría una competencia exclusiva, y se convertiría en el juez de su procedencia, limitando y recortando la competencia de los jueces de grado para efectuar un pronunciamiento sobre su admisibilidad, cayendo así en una especie de “*avocación per saltum*”<sup>41</sup>

<sup>39</sup> CASSAGNE, Op. Cit., pp. 5-6.

<sup>40</sup> Ver artículo 43 de la Constitución Nacional de la República Argentina.

<sup>41</sup> ROSALES CUELLO, Ramiro, “Acción declarativa de inconstitucionalidad y amparo”, Revista *Suplemento de Derecho Constitucional*, 5 de diciembre de 1997, p. 1

En este orden de ideas, la acción declarativa de inconstitucionalidad constituye una de las vías idóneas en el sistema jurídico argentino para cuestionar directamente la constitucionalidad de una ley, reglamento o cualquier norma administrativa, es decir, para realizar el control de constitucionalidad.

### III.3. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Como es de explorado derecho, existe un marco normativo a nivel nacional, y otros más a nivel provincial, por lo que la figura de la acción declarativa de inconstitucionalidad, se encuentra prevista tanto en el ámbito federal como local, en este entendido, el presente trabajo se abocará al procedimiento contemplado dentro del *plexo* jurídico de la Nación Argentina.

En este contexto, la CSJN para conocer de la acción declarativa de inconstitucionalidad, debe atender a su competencia originaria, según lo dispuesto por los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, ya sea por materia exclusiva de su conocimiento, o en su caso, por el ejercicio de la jurisdicción de apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso.

En consiguiente, no cabe duda que todo ejercicio de la acción tiene por contenido una pretensión, donde cualquier ciudadano tiene el derecho a la acción, siendo este el derecho de acudir a la vía jurisdiccional con el fin de que se le satisfaga lo que pide, que vendría a ser la pretensión, misma que se ejerce por medio de una demanda, que no es más que el documento que la contiene,<sup>42</sup> es decir, la demanda no es más que la herramienta para interponer cualquier acción subjetiva pública, incluyendo en este caso, la acción declarativa de inconstitucionalidad.

Por lo que, la CSJN ha determinado, a partir de la reforma del artículo 49 de la Constitución de la Nación –previamente abordado–, que es procedente resolver sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad a través de las demandas en que el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importe el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, ya sea bajo la forma de amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional,<sup>43</sup> siendo aquellas las vías que explícitamente han sido admitidas como idóneas.

Igualmente Ricardo Haro menciona que *“la admisión de acciones directas de inconstitucionalidad, como el amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional, no puede importar el olvido de la exigencia de ‘causa’ o ‘caso’ en el que todo magistrado puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso y que tiende a preservar el ejercicio equilibrado de los poderes establecidos por la Ley Fundamental.”*<sup>44</sup>

<sup>42</sup> BARRIOS GONZÁLEZ, Boris, *Derecho procesal constitucional*, Jurídica Ancón, Panamá 1999, p. 57 y 58.

<sup>43</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Constitución Socioeconómica y Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 255.

<sup>44</sup> HARO, Ricardo, “La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad en el Derecho Federal Argentino”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* Núm. 7, 2003, p. 268.

En este óbice, la acción meramente declarativa de certeza y el amparo, así como el juicio sumario en materia constitucional resultan ser los medios procesales idóneos para accionar el aparato judicial frente a la petición de que se ejerza el control de constitucionalidad sobre alguna norma y, en su caso, se disipe si se configura o no la acción declarativa de inconstitucionalidad. Empero, no debe perderse de vista que aun acudiendo por estas vías procesales, se requiere cumplir cabalmente con la exigencia de que se establezca una causa judicial, es decir, que se denote el interés inmediato del actor, o como es conocido en el *argot* legalista, que el demandante cuente con suficiente interés jurídico para promover, con la finalidad de que la solicitud no se califique de abstracta o se convierta en la petición de una mera opinión consultiva, la cual resulta a todas luces improcedente de resolver por los juzgadores. De lo anterior, cobra aplicación lo manifestado por Carlos José Laplacette al aducir que “*existirá un amplio acuerdo si afirmamos que no corresponde al poder judicial emitir declaraciones generales acerca de cómo sería o debería ser el porvenir. Antes de que los hechos ocurran o estén próximos a ocurrir, no pueden los jueces intentar arrogarse una facultad de regular el futuro*”<sup>45</sup>

En este orden de ideas, el requisito de que se instaure un caso o controversia judicial, tendrá que ser comprendida a *lato sensu*, debido a que el ejercicio de la jurisdicción por un tribunal de justicia se manifiesta en una causa, no solo para interpretar el derecho y aplicarlo ante circunstancias fácticas en que se controvierte y discute la reparación de un daño ya producido, donde existe un poder reparador o sancionador por parte de los jueces, sino también se manifiesta en todo caso contencioso en que sin haberse producido daño alguno, sea necesario interpretar el derecho, para poder así establecer cuál es la significación jurídica que procede ante casos de incertidumbre y razonable duda, por tal razón, toda acción declarativa es una controversia entre partes, ante disímiles interpretaciones sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica y de las normas que la regulan, y por lo tanto, estamos frente a un caso contencioso.<sup>46</sup>

En efecto, la existencia de un interés legítimo por parte de la persona que promueve, se convierte en un requisito *sine qua non* para su procedencia y admisión, en un primer momento de la acción declarativa de certeza, el amparo, o del juicio sumario -según sea el caso-, y posteriormente, de resolución sobre la declaración de inconstitucionalidad, ya que, como se reiteró a *supra líneas*, estas instancias constituyen únicamente el medio para conseguir el fin, es decir, que se resuelva sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad, la cual queda subsumida en aquellas vías procesales. En el que la sentencia esperada otorgará certeza y seguridad jurídica a los actores, prevendrá actos ilegítimos, así como también reivindicará la confianza de los ciudadanos en el sistema de justicia.

<sup>45</sup> LAPLACETTE, Carlos José, “Inconstitucionalidad. Exigencias temporales del caso judicial”, publicado en: *La Ley*, el 23/02/2015, Cita Online: AR/DOC/4623/2014, p.1.

<sup>46</sup> HARO, Op. Cit., p. 11 y 14.

### III.4. PROCEDIMIENTO PARA DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA A TRAVÉS DE LA ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA

Para proceder a declarar la inconstitucionalidad de una norma, coexisten diversas vías -como ya quedó estipulado anteriormente-, ya que puede accederse a través de la acción declarativa de certeza, el amparo y el juicio sumario en materia constitucional. Sin embargo, en el presente apartado se analizará únicamente la acción meramente declarativa, la cual, particularmente considero que es el camino más eficaz para declarar inconstitucional una ley, reglamento o cualquier otra norma administrativa, debido a los grandes resultados que ha dado ante la CSJN.

Refuerza lo dicho, el jurista Ramiro Rosales Cuello quien retoma el fallo de la Corte, en el caso *Gomer vs. Provincia de Córdoba*, el cual estipula que *“cuando se persiga la declaración de inconstitucionalidad dentro de una pretensión declarativa, esta debe ajustarse a los recaudos procesales previstos en el artículo 322 de CPCCN”*.<sup>47</sup> Desde este punto, se trata de una acción declarativa de inconstitucionalidad, que si bien, se afina normativamente en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es totalmente independiente de la acción declarativa de certeza, por tanto que su objeto es exclusivamente la declaración de inconstitucionalidad de una norma.<sup>48</sup>

La acción declarativa de certeza reúne las condiciones de causa judicial,<sup>49</sup> y ha llegado a convertirse en el vehículo de los pronunciamientos más trascendentes en materia de control constitucional,<sup>50</sup> y se encuentra prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que señala lo siguiente:

**“ARTÍCULO 322.-** Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.”

El Juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida.

Es así, que del arábigo plasmado se deducen los requerimientos de procedencia para instaurar una acción meramente declarativa de certeza, siendo necesario: I) Un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, II) que la falta de certeza, pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor, y III) que este no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

<sup>47</sup> ROSALES CUELLO, Ramiro, “Acción Declarativa y Control Constitucional. Estado actual de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, JA 2000-IV-1249, 2004, p. 7.

<sup>48</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Op. Cit. p. 254.

<sup>49</sup> HARO, Op. Cit., p. 14-15.

<sup>50</sup> BIANCHI, Op. Cit., p. 390.

En efecto, el estado de incertidumbre, atiende sobre todo a que el sujeto pueda recobrar la certeza y seguridad jurídica respecto a una norma o su interpretación, así Hugo Alsina conceptúa que “*la sentencia meramente declarativa, no requiere un estado de hecho contrario al derecho, sino que basta un estado de incertidumbre sobre el derecho, y por eso no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una relación jurídica*”;<sup>51</sup> por cuanto hace a la producción de un perjuicio o lesión, reafirma la improcedencia de opiniones consultivas, ya que no se trata de dar solución a una hipótesis abstracta, así como también, atiende a la necesidad de acreditar un interés legítimo, ya que será el actor o los actores quienes deberán demostrar, *prima facie* al demandar y luego corroborar con la prueba, que se encuentran inmersos en una relación jurídica de las que la ley prevé en su supuesto fáctico;<sup>52</sup> y finalmente el último requisito, de que no se disponga de otro medio legal, obedece a la inexistencia de algún otro juicio más idóneo para debatir la cuestión y satisfacer oportunamente el perjuicio o la lesión que ocasiona la falta de certeza.

Ahora bien, el procedimiento de la acción meramente declarativa interpuesta, se tramitará como un juicio ordinario, pero asimismo y a pedido del actor, podrá tramitarse por las reglas establecidas para el juicio sumario o sumarísimo.<sup>53</sup> De igual manera, no cuenta con un plazo prescriptivo, no exige la notoriedad y contempla tanto relaciones de derecho público como privado.

Por lo que, una vez que se ha verificado que la demanda corresponde a la competencia originaria de la CSJN, se ha concluido que la acción meramente declarativa es la vía idónea para promover y una vez que se encuentran reunidos los requisitos exigidos por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la CSJN podrá admitir y entrar al estudio, y en todo caso, declarar la invalidez constitucional o no de una norma.

Recientemente han aparecido una extendida cantidad de sentencias resueltas por la CSJN en donde hace lugar a la pretensión sobre el control de constitucionalidad, y por ende emite la declaración de inconstitucionalidad, encuadrada en los requisitos exigidos por el numeral 322 del Código procedimental. Corroborando lo anterior, el fallo del expediente CSJ 32/2009 “Establecimiento las Marías S.A.C.I.F.A. contra la Provincia de Misiones, sobre acción declarativa de inconstitucionalidad”, de fecha 1º de septiembre de 2015, donde se resolvió hacer lugar a la demanda incoada y declarar la invalidez constitucional de los artículos 4, 5 y 6 de la Ley provincial 4459. Así como también, la causa CSJ 5/2010 “Yuken S.A. contra Provincia Tierra del Fuego, de Antártida e Islas del Atlántico Sur, sobre acción declarativa de inconstitucionalidad”, de fecha 28 de abril de 2015, en el cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley local 854.

<sup>51</sup> ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ediar, segunda edición, Buenos Aires 1956, T. I, p. 354, citado por HARO, Ricardo, “Acción Declarativa de Inconstitucionalidad sus Vicisitudes y Progresiva Consolidación”, p. 6

<sup>52</sup> MORENO, Andrés M., *Normas no publicadas y acción declarativa de inconstitucionalidad*, p. 10.

<sup>53</sup> HARO, Op. Cit., p. 17.

### III.5. PRINCIPIO PREVENTIVO

Una característica importante a resaltar en el sistema jurídico argentino, es el uso de su principio preventivo -mismo que no es exclusivo de la acción declarativa de inconstitucionalidad-, el cual se encuentra reconocido a nivel constitucional, en su artículo 45, al disponer que es *“procedente la acción de amparo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”*<sup>54</sup> por lo que, frente a una amenaza conlleva una acción preventiva.

Lo citado con antelación se encuentra estrechamente relacionado con lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus numerales 8.1 y 25.1, donde reposa el principio de tutela judicial efectiva. Cobra aplicación la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Luna López contra Honduras, de 10 de octubre de 2013, donde advirtió que *“el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los jueces que dirijan el proceso de modo a evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”*; y que *“los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encauzar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad”*; pues de lo contrario *“se conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones”*<sup>55</sup>

En esta tesitura, el principio de tutela judicial efectiva atiende al deber judicial de impedir que dilaciones y entorpecimientos, donde el formalismo puede verse sacrificado ante el acceso real de la justicia y la defensa de los derechos humanos, en donde, además reina una obligación internacional de prevenir y proteger los derechos humanos, es así, que el principio de tutela judicial efectiva esgrime en su espíritu al principio protectorio, bajo el fin de salvaguardar los derechos fundamentales. Al mismo tiempo, los principios constitucionales confirman que la ley no puede excluir de la apreciación del poder judicial la amenaza de derechos, debido a que el derecho substancial debe primar sobre el procedimental.<sup>56</sup>

La acción preventiva que debe tomar el juzgador en todo momento bajo el imperativo de protección de la persona, también se encuentra prevista en el artículo 1711 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que aduce *“La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”*, y el artículo 1713 que

<sup>54</sup> Ver artículo 45 de la Constitución de la Nación Argentina.

<sup>55</sup> Ver: Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C. No. 269, Párrafo 156

<sup>56</sup> ROZO ACUÑA, Eduardo, *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 336

expresa que “La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.” Bajo esta óptica, el derecho de toda persona a la protección judicial alcanza la obligación de suministrar recursos judiciales efectivos y cuyo cumplimiento por parte del Estado se hace necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

En tal virtud, la acción declarativa de inconstitucionalidad tiene en su ser una finalidad preventiva -al no requerir la existencia de un daño consumado- en resguardo de los derechos y aunado al principio de tutela efectiva. Dicha instancia resultará viable en la medida en que la autoridad de aplicación no haya puesto en ejecución las normas impugnadas<sup>57</sup> y reclamadas de inconstitucionales. Por lo que, en la medida en que la norma emitida todavía no haya sido aplicada de manera concreta en perjuicio del titular del derecho, el mismo está habilitado para promover una acción declarativa de inconstitucionalidad contra el órgano emisor<sup>58</sup> de aquella.

### III. 6. EFECTOS DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Es en este punto, es donde la diferencia entre la acción declarativa de certeza constitucional y acción declarativa de inconstitucionalidad, es más palpable, debido a la mediatez o inmediatez del ámbito de aplicación de la norma en cuestión, donde el presupuesto básico a las dos tipologías consiste en la presencia de un caso subjetivo que emerge como consecuencia del radio expansivo de la norma cuestionada.<sup>59</sup>

Las sentencias tienden a poseer solamente efectos *inter partes*, dicho de otra manera, los efectos son individuales al caso en concreto, no deroga ni abroga la norma de manera general. Sin embargo, si la CSJN es la que resuelve, es altamente probable que las demás instancias se ajusten en el mismo sentido, y aquí nos encontramos frente a la expansión de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, donde puede constituirse un precedente con fuerza vertical, es decir, la repercusión del mismo puede abarcar al resto de los tribunales, debido a que -como es sabido- no existe norma alguna que imponga a los juzgadores de otros niveles el deber de apegarse a la jurisprudencia dictada por la CSJN, por lo que, sus fallos no son judicialmente obligatorios, pero moralmente sí, a fin de evitar el dispendio jurídico.

No obstante, la doctrina argentina utiliza con frecuencia el término de efectos *erga omnes* para referirse a la expansión directa o indirecta de los efectos de una sentencia, facilitando así la confusión de dos cosas que en realidad son distintas,<sup>60</sup> además de que también suelen confundirlo

<sup>57</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Op. Cit. p. 260.

<sup>58</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Op. Cit. p. 264

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> RIVERA, Julio César y LEGARRE, Santiago, “Los Efectos de la Declaración de Inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina”, publicado en *Lecciones y Ensayos*, Núm. 86, 2009, p. 324

con que las sentencias obtenidas en juicios colectivos dotan de efectos *erga omnes*, esta terminología es imprecisa, porque la noción de efectos *erga omnes* está ligada a la derogación de la norma declarada inconstitucional, y además, porque ni siquiera en sentido impropio podría sostenerse que una sentencia dictada en este tipo de procesos colectivos tiene efectos *erga omnes*, ya que los efectos de la sentencia se extienden exclusivamente a los integrantes del grupo representado por los legitimados institucionales.<sup>61</sup>

En mérito a lo anterior, se actualiza, el fallo de la CSJN de fecha 27 de mayo de 2004, dentro de la causa sobre acción declarativa "Search Organización de Seguridad S.A. contra la Provincia de San Luis", en que se acudió a demandar a dicha Provincia en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de que se declarara la inconstitucionalidad de la ley 5244, que fija los valores del salario mínimo vital y móvil que rigen a partir del mes de abril de 2001 en el ámbito local, y consecuentemente su inaplicabilidad a los contratos de trabajo que la empresa tuviese celebrados y los que celebre en el futuro, en donde la CSJN destacó que *"el Estado provincial no puede ser considerado como parte adversa (...) una conclusión distinta sobre este punto importaría tanto como admitir que por esta vía se lograsen declaraciones genéricas de inconstitucionalidad, con efectos derogatorios de la ley y, por tanto, erga omnes, extraños a la específica modalidad que este Tribunal ha admitido (...) y no en forma caprichosa sino atendiendo a las características definitorias del sistema difuso de control de constitucionalidad argentino. Cabe tener presente que este Tribunal en Fallos 183:76 recordó que uno de los mayores aciertos de la Constitución de los Estados Unidos directamente aplicables a nuestro sistema, consistió en limitar los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad a la causa o litigio donde aquélla fue declarada, sin afectar empero los efectos normales de la ley sobre las personas extrañas al pleito en que la invalidez fue pronunciada, que debe ser cumplida y reviste iguales efectos que otra cualquiera"*.<sup>62</sup>

Esto nos lleva a concluir que en cuanto al objeto que tiene esta figura jurídica, puede ser interpretado en diversos sentidos, a saber, en cuanto a lo que teleológicamente se pretende con la acción y sobre lo que recae la acción en sí; respecto a lo primero, la acción tendrá por objeto restablecer la supremacía de la Constitución, en donde la acción declarativa de inconstitucionalidad guarda como finalidad la preservación del orden institucional; en relación con lo segundo, se efectúa sobre el precepto jurídico que, a juicio del actor, son contrarios al ordenamiento jurídico, es decir, la resolución del fondo de la causa. Cobra aplicación lo manifestado por el autor Boris Barrios, que se infiere los fines de la acción y los distingue en *"dos fines generales: (...), con la interposición de la acción de inconstitucionalidad se pretende la solución de un fin general inmediato que es la solución del caso concreto que se pone a la consideración de la Corte. En otro sentido, con el fallo que resuelve la acción de inconstitucionalidad, indistintamente de que sea éste positivo o negativo, se manifiesta un fin general"*

<sup>61</sup> RIVERA, Julio César y LEGARRE, Op. Cit. Santiago, p. 336

<sup>62</sup> Ver: Sentencia de la causa Search Organización de Seguridad S.A. contra la Provincia de San Luis, emitida por la CSJN.

*mediato que tiende a la defensa de la Constitución (...), haciendo efectivo el principio de su-  
premacía constitucional (...)*.<sup>63</sup>

### **III. 7. PROCEDENCIA EN MATERIA FISCAL**

La acción declarativa de inconstitucionalidad en materia tributaria ha sido uno de los campos en los cuales ha mostrado mayor rendimiento,<sup>64</sup> ya que desde sus inicios la procedencia en materia fiscal primó y continúa hasta nuestros días.

Tal es el caso promovido por la Bolsa de Cereales de Buenos Aires contra la Provincia de Buenos Aires, la cual en su condición de entidad recaudadora del impuesto de sellos de dicha Provincia, promovió acción declarativa a fin de que se declare que la alícuota del tributo correspondiente a los contratos de compraventa de cereales y oleaginosas registrados en su sede social, ubicada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires durante el año 2006, es la fijada en el artículo 27, inciso a), apartado 11, párrafo A, de la Ley impositiva local 13.404 vigente en ese periodo, y no la contemplada en el párrafo B de la norma citada; y, como consecuencia de ello, no le resultan exigibles las diferencias determinadas en su contra en la resolución 50/08 del Jefe de Fiscalización de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de la entonces Dirección Provincial de Rentas. En este sentido con sentencia de fecha 16 de diciembre de 2014 se declaró la inconstitucionalidad de la resolución 50/08 del Jefe de Fiscalización de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la entonces Dirección Provincial de Rentas, como así también del régimen establecido en relación al impuesto de sellos mediante el cual se fijaron alícuotas diferenciales, en los términos indicados en los considerandos de este pronunciamiento.<sup>65</sup>

De igual forma, recientemente fue admitido el caso promovido por Aerolíneas Argentinas S.A., contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre en el que dice encontrarse en relación al impuesto sobre los ingresos brutos, en cuanto la demandada pretende que se incluyan en la base imponible del tributo los ingresos provenientes del transporte internacional aéreo de personas y mercaderías, en la medida en que los vuelos se originen en el Aeropuerto Internacional de Ezeiza, e incluso en los casos en que se transporten pasajeros en conexión provenientes de otras provincias. Expone que la pretensión fiscal impugnada quedó plasmada en la resolución 101/2007 de la Dirección Provincial de Rentas, y en las disposiciones delegadas SEFSC 2692/11 y 4720/13 de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), cuya revocación solicita. Asimismo reclama que se declare la inconstitucionalidad de las normas locales que las sustentan. Destaca que considerando las tres resoluciones citadas, el reclamo de la demandada asciende a \$495.318.784,20, Y que dicho monto pone en jaque la operación de la empresa. La empresa afirma, que el impuesto también viola la inmunidad de los instrumentos del gobierno federal y el principio de solidaridad federal, en tanto el Estado Nacional, a través de la sanción de la ley 26.466 y del decreto

<sup>63</sup> BARRIOS GONZÁLEZ, Op. Cit., p. 94 y 95

<sup>64</sup> ROSALES CUELLO, Op. Cit. p. 8

<sup>65</sup> Ver causa 1024/2008, Bolsa de Cereales de Buenos Aires contra la Provincia de Buenos Aires, sentencia de 16 de diciembre de 2014.

2347/2008, ha puesto en marcha una deliberada política tendiente a regularizar el servicio de transporte, que hasta el momento de la “ocupación temporaria” dispuesta por las normas citadas, funcionaba de manera deficiente. Por otra parte esgrime que se ven vulnerados los principios de no confiscatoriedad, de supremacía y de capacidad contributiva. En esta causa la CSJN declaró admitir la demanda y hacer lugar a la medida cautelar de no innovar pedida; en consecuencia, el Estado provincial deberá abstenerse de reclamar administrativa o judicialmente el impuesto sobre los ingresos brutos determinado por la actividad de transporte aéreo internacional de pasajeros y de cargas en la resolución 101/2007 de la Dirección Provincial de Rentas, y en las disposiciones delegadas SEFSC 2692/11 y 4720/13, así como de trabar cualquier medida cautelar administrativa o judicial sobre el patrimonio de la sociedad, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en estas actuaciones.<sup>66</sup> Resaltando en este fallo, además de su procedencia, la acción preventiva –ya abordada– que es adoptada, incluso en materia fiscal.

#### IV. CONCLUSIÓN

En nuestros días, el control de constitucionalidad constituye una herramienta indispensable en todo sistema jurídico, ya que es a partir del estudio que se realiza en esta materia, como los juzgadores pueden verificar si la norma se ajusta a los parámetros constitucionales establecidos por cada país y emitir, en su caso, un proveído en el que se mencione su compatibilidad o incompatibilidad con la Ley Suprema. Lo anterior, con el fin de brindar certeza y seguridad jurídica a los gobernados.

Es por ello, que en México al accionar el control de constitucionalidad, esto puede dar lugar a la emisión de la declaratoria general de inconstitucionalidad, lo que traería consigo la inaplicación de la norma por ser considerada contraria a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, teniendo alcances *erga omnes*, es decir, la expulsaría del sistema jurídico para que no vuelva a ser aplicada en perjuicio de alguna persona.

Sin embargo, para lograr este fin, se debe llevar a cabo un proceso largo y tardado, en el que, la tramitación comienza por la admisión de la demanda por vía de amparo indirecto, que contiene aquella acción subjetiva pública, posteriormente, cuando la SCJN conozca del mismo en revisión y establezca jurisprudencia por reiteración, podrá, continuar con la notificación correspondiente a la autoridad emisora, para que esta proceda conforme a su derecho e interés convenga, de no darse la modificación, abrogación o derogación de la norma, nuestro máximo Tribunal actuando en pleno determinará, en su caso, la inconstitucionalidad de la norma general respecto de la Constitución, previa aprobación de por lo menos ocho votos a favor, solo hasta entonces, y una vez publicada la misma en el DOF tendrá efectos *erga omnes*.

No debe olvidarse que los Tribunales Colegiados de Circuito, también cuentan con la facultad para emitir jurisprudencia, no obstante, cuando estos integren jurisprudencia en sentido de

<sup>66</sup> Ver causa 278/2014, Bolsa de Cereales de Buenos Aires contra la Provincia de Buenos Aires, sentencia de 21 diciembre de 2015.

inconstitucionalidad de una norma, lo deberán comunicar por escrito a la presidencia de la SCJN, con la finalidad de que se lo comunique a la autoridad emisora, y se proceda con los pasos arriba mencionados.

Todos estos pasos a seguir, se consideran innecesarios y desgastantes, además de que contradicen el principio constitucional de una justicia pronta y expedita, prevista en el artículo 17 de nuestra Carta Magna, pues dicha declaratoria debería surtir efectos legales desde el momento en que se emitió la jurisprudencia por reiteración, sea por la SCJN o por los Tribunales Colegiados, y no esperar hasta observar si a *motu proprio* la autoridad responsable desea modificar, derogar o abrogar la norma, aún más, todavía es sometida a otro examen y revisión por nuestro máximo Tribunal, para luego votar la decisión. Todo esto denota falta de eficacia y desconfianza en los juzgadores que previamente analizaron la norma y que con un razonamiento lógico jurídico determinaron que la norma es incompatible con el *corpus iure* constitucional.

En consecuencia, la declarativa general de inconstitucionalidad no atiende al principio de tutela judicial efectiva en donde existe un deber judicial de impedir las dilaciones y entorpecimientos procesales, bajo el entendido de que el llamado formalismo puede verse sacrificado para permitir y abrir paso al acceso real de la justicia y por ende, la defensa de los derechos humanos, esta tutela efectiva trae consigo al principio protectorio, que tiene como finalidad la salvaguarda, prevención y protección de los derechos fundamentales.

De igual manera, otra problemática que se percibe, es que este proceso se encuentra sujeto a que la jurisprudencia en materia de amparo sea la única que pueda generar la declaratoria general de inconstitucionalidad, mientras que la derivada de controversias constitucionales no tiene dicha posibilidad. Por lo que, es posible sostener que en un futuro, la SCJN se deberá inclinar por el principio de supremacía constitucional y con ello, lograr el fortalecimiento del sistema jurídico mexicano, depurando todo aquel ordenamiento jurídico que sea considerado inconstitucional, y en consecuencia, se genere una interpretación dirigida a que la jurisprudencia derivada de controversias constitucionales -aunque no emanen del sistema por reiteración- también puedan dar inicio al procedimiento para llevar a cabo la declaratoria.

Asimismo, esta figura de la declaratoria general de inconstitucionalidad, excluyó de su protección a la materia tributaria, en tal sentido, lo único que queda para su impugnación es el juicio de amparo contra leyes, el cual no es un verdadero medio de control constitucional, ya que es tan solo un mecanismo de defensa para ciertos gobernados que pueden acceder a él, incumpliendo con esto la obligación internacional del Estado mexicano de garantizar el derecho a un recurso judicial efectivo como lo disponen los artículos 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde México se comprometió al establecimiento de recursos judiciales efectivos e idóneos para el reclamo de los derechos. Por tanto, todas las personas que por su situación no cuentan con los medios –económicos, técnicos y culturales- necesarios para acceder a la justicia e iniciar un juicio de amparo contra

leyes, están desprotegidas y quedan al menester de la autoridad, la cual puede hacer uso de esa norma inconstitucional libremente. Tal situación viola el principio esencial de igualdad de los gobernados ante la ley.

Resulta difícil de aceptar y entender que una norma declarada inconstitucional por un máximo Tribunal, pueda estar vigente en nuestro sistema jurídico y ser empleada en contra de los particulares que no acudieron a solicitar la protección federal. En este orden de ideas, si una norma jurídica es contraria a los preceptos constitucionales, independientemente de la materia que se trate, se le debe restar aplicación, ya que de lo contrario, todos los actos de autoridad que se funden en ella gozarían de validez jurídica, incluso aquellos que causen violaciones a los derechos humanos.

En tal virtud, dicha exclusión carece de toda justificación y rompe la lógica de un Estado democrático de derecho, no puede un acto de autoridad fundarse en una norma ya declarada inconstitucional y que su impugnación esté sujeta a procedimientos rígidos –individuales o colectivos- que no pueden otorgar efectos *erga omnes*.

Por otro lado, el sistema jurídico argentino, cuenta con la figura de acción declarativa de inconstitucionalidad, aquí su procedencia es más amplia, ya que no está limitada a una sola instancia procesal, pudiendo ser tramitada por vía de amparo, acción de mera certeza o por el juicio sumario en materia constitucional.

La acción meramente declarativa, ha dado resultados trascendentes en materia de control constitucional y ha logrado ser uno de los caminos más eficaces para obtener la inconstitucionalidad de una ley, reglamento o cualquier otra norma administrativa. En ese sentido, la acción declarativa de inconstitucionalidad, se afina normativamente en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pero es independiente en cuanto, a su objeto y fin, de la acción meramente de certeza.

La acción declarativa de certeza, sobresale como vía procesal idónea, porque reúne todas las condiciones para ser considerada una causa judicial, elemento importante para que sea considerada su admisión por la CSJN, en su competencia originaria; de igual forma, no se requiere un estado de hecho contrario al derecho, sino que basta un estado de incertidumbre sobre el derecho.

Un punto a resaltar dentro del sistema judicial de Argentina, es la adopción del principio protectorio aunado al principio de tutela judicial efectiva, el cual también se encuentra previsto para la acción declarativa de inconstitucionalidad, es decir, se brinda una gran escala de protección para los particulares, bajo las normas generales que puedan llegar a vulnerarles posteriormente, sin requerir la existencia de un daño consumado.

Si bien, este proceso no hace distinción sobre su admisión por materias de derecho, los efectos de la acción declarativa de inconstitucionalidad son totalmente conservadores y limitados,

debido a que sus fallos suelen tener aplicación solamente entre partes, sin derogar ni abrogar la norma de manera general, por lo que, no es posible que la resolución otorgue efectos *erga omnes*, término que además suele ser confundido tanto con la expansión de los efectos de una sentencia, como con los pronunciamientos obtenidos en los juicios colectivos, pero que claramente son diferentes, por solo abarcar y llegar a un número determinado de personas.

Podemos concluir que ambas figuras jurídicas, la declaratoria general de inconstitucionalidad y la acción declarativa de inconstitucionalidad, deben ir encaminadas a otorgar certeza y seguridad jurídica a todas las personas -no solo a los actores-, dando premura a la resolución de conflictos constitucionales con base en el principio de igualdad, además de prevenir actos ilegítimos, eliminar abusos de autoridad, aplicar el principio de supremacía constitucional y depurar los ordenamientos incompatibles con la Ley Suprema, todo esto, a fin de lograr el respeto y protección efectiva de los derechos humanos, independientemente de la materia de que se trate, debido a que los derechos no valen, si no valen sus garantías judiciales. Finalmente, estos procesos judiciales deben estar encauzados hacia la reivindicación de la confianza social en el sistema de justicia y el pronto alcance del tan anhelado Estado de derecho.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ediar, segunda edición, Buenos Aires 1956, T. I, p. 354, citado por HARO, Ricardo, "Acción Declarativa de Inconstitucionalidad sus Vicisitudes y Progresiva Consolidación".

BARRIOS GONZÁLEZ, Boris, *Derecho procesal constitucional*, Jurídica Ancón, Panamá, 1999.

BIANCHI, Alberto A., *Control de constitucionalidad*, T 1, Ábaco, Buenos Aires, 2002.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, "El municipio en las controversias constitucionales", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Núm. 86, mayo-agosto de 1996.

CARPIZO, Jorge, "Reformas constitucionales al poder judicial de la federal y la jurisdicción constitucional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 31 de diciembre de 1994, artículo consultado en <http://www.juridicas.unam>

CASSAGNE, Juan Carlos, "La acción declarativa de inconstitucionalidad", Publicado en: *La Ley* 06/07/2015, 06/07/2015, Cita Online: AR/DOC/2167/2015.

CHÁVEZ CASTILLO, Raúl, *Nuevo juicio de amparo*, Porrúa, décimo cuarta edición, México, 2015.

FERRER Mc. GREGOR, Eduardo, et al/y otros, *Nuevo juicio de amparo*, UNAM, Porrúa, tercera edición, México, 2013.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "Los Inicios del Control de la Constitucionalidad en Iberoamérica: del Control Político al Control Jurisdiccional", en *DIREITO PÚBLICON*° 12, Abr-Maio-Jun/2006 – DOCTRINA ESTRANGEIRA.

FIX FIERRO, Héctor, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, Porrúa, México, 2003.

FIX ZAMUDIO, Héctor, "El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (breves reflexiones comparativa)", Trabajo presentado en el Congreso organizado por la Asociación Mexicana de Juristas en la Ciudad de Karlsruhe, República Federal de Alemania, durante

los días 10 a 12 de septiembre de 1992, publicado en la *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 77, Mayo-Agosto 1993.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Constitución Socioeconómica y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2009.

HARO, Ricardo, *Acción Declarativa de Inconstitucionalidad sus Vicisitudes y Progresiva Consolidación*.

HARO, Ricardo, "La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad en el Derecho Federal Argentino", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm. 7, 2003.

LAPLACETTE, Carlos José, "Inconstitucionalidad. Exigencias temporales del caso judicial", publicado en: *La Ley*, el 23/02/2015, Cita Online: AR/DOC/4623/2014.

MARÍN, José Ángel, *Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1998.

MORENO, Andrés M., *Normas no publicadas y acción declarativa de inconstitucionalidad*.

PEÑA OVIDEO, Víctor, *Ley de amparo comentada*, Flores, México, 2015.

RIVERA, Julio César y LEGARRE, Santiago, "Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina", publicado en *Lecciones y Ensayos*, No. 86, 2009.

ROSALES CUELLO, Ramiro, "Acción declarativa de inconstitucionalidad y amparo", *Revista Suplemento de Derecho Constitucional*, 5 de diciembre de 1997.

ROSALES CUELLO, Ramiro, *Acción declarativa y control constitucional*. Estado actual de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, JA 2000-IV-1249, 2004.

ROZO ACUÑA, Eduardo, *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*, Universidad Externado de Colombia, 2006.

SAGÜÉS, Nestor, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, Astrea, Buenos Aires, 2002.

SISMOS, Laura Patricia, *Acción Declarativa de Inconstitucionalidad: Marco Federal. una Mirada Diacrónica a Leyes de Emergencia Económica*, Id Infojus: DACF150004, 6 de enero de 2015. Ubicación web: <http://www.infojus.gov.ar/laura-patricia-simos-accion-declarativa-inconstitucionalidad-marco-federal-una-mirada-diacronica-leyes-emergencia-economica-dacf150004-2015-01-06-/123456789-0abc-defg4000-51fcanirtcod>

TARAPUÉS SANDINO, Diego F., *La naturaleza institucional del Tribunal Constitucional en América del Sur*, Cali, USC y José Gregorio Hernández Galindo publicaciones, 2008.

ZALDÍVAR, LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa, cuarta edición, México, 2013.